第 57 卷 第 2 期　北京大学学报(哲学社会科学版)　Vol.57, No.2
2020 年 3 月　Journal of Peking University(Philosophy and Social Sciences)　Mar. 2020

# 聚合类网站对“合理使用”的侵蚀及立法思考

张　平
(北京大学 法学院,北京 100871)

**摘　要:** 以合理使用为代表的著作权权利限制制度与著作权赋权制度本身同等重要,它决定信息市场能否达到平衡。如果在政府已经对信息的生产者给以足够补贴的情况下,私主体再把这种补贴进一步扩大,就意味着侵害了公众获得足够信息的权利。随着聚合类网站的兴起,大量可以合理使用的作品汇聚成为数据库加密后再有偿提供给公众,这一做法严重侵害了个人目的和教育目的的合理使用空间,本文通过合理使用制度的历史溯源,讨论聚合类网站对个人目的和教育目的合理使用的伤害以及未来在著作权修法中的完善建议。

**关键词:** 聚合类网站;著作权;合理使用
**中图分类号:**DF 523.1　**文献标识码:**A　**文章编号:**1000-5919(2020)02-0131-08

音乐聚合、视频聚合、图片聚合、新闻聚合、论文聚合等“聚合类网站”快速获得商业上的成功,一方面,使之成为对著作权人和“邻接权人”侵害的“重灾区”,另一方面,也使得一些本来可以“合理使用”的作品再次进入私有领域,限制了“知识”的传播,侵害了公众的“阅读权”。特别是“视觉中国”引发的“版权黑洞”事件更是将焦点聚集在类似对“国旗”“国徽”等没有著作权的图案加工后是否还能再享受编辑著作权的问题上;而已经被市场默认的“论文期刊”网站,如“知网”“道客巴巴”等将本来可以自由阅读的学术论文,统统变为需要授权付费方能阅读的内容,严重侵蚀了著作权“合理使用”的边界;更有一些聚合类网站通过自动抓取网上开放授权的作品,如维基百科、百度百科上开放作品及孤儿作品等,通过再分类、加工处理重新提供商业服务;还有将“法律法规”“判决书”“专利文献”等没有著作权的官方文件汇编而成的数据库“作品”进行商业利用。如果说这些聚合类网站的行为是一种互联网新的商业模式无可厚非,但是,公众自由阅读、学习的权利也不应当被剥夺。在著作权保护和公众合理使用之间做好利益平衡,是著作权制度设立的最基本原始宗旨,不能因为互联网层出不穷的商业模式,就改变这一宗旨。在著作权法修订的过程中各种利益集团都在争取在立法上体现自身需求,而对于和公众个体密切相关的个人目的的合理使用问题同样亟需学界给予高度关注。

## 一、合理使用制度的法理基础

在 20 世纪,以著作权为代表的知识产权曾饱受“知识产权正当性”的质疑。从法哲学角度而言,英美法系国家与大陆法系国家中关于著作权的认识可谓是南辕北辙、相去甚远,这两种完全不同的认识进而发展出完全不同的合理使用制度。大陆法系国家往往从洛克的劳动财产理论角度倾向于认为著作权源于作者的自然权利或与作者的人格具有内在关联①,因此作者控制其作品的复制传播合乎自然正义,

---

**收稿日期:**2019-03-01
**作者简介:**张平,女,辽宁沈阳人,北京大学法学院教授。

① 例如:洛克认为“只要他使任何东西脱离自然所提供的和那个东西所处的状态,他就已经掺进他的劳动,在这上面参加他自己所有的某些东西,因而使它成为他的财产”(洛克:《政府论》下,叶启芳、瞿菊农译,北京:商务印书馆 2016 年版,第 18 页)。黑格尔认为:“学问、科学知识、才能等固然是自由精神所特有的,是精神的内在的东西,而不是外在的东西,但是精神同样可以通过表达而给它们以外部的定在,而且把它们转让,这样就可以把它们归在物的范畴之内了”“人有权把他的意志体现在任何物中,因而使该物成为我的东西。”(黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,北京:商务印书馆 1961 年版,第 51—52 页)

认为著作权的享有是原则,著作权的受限是例外,因而采用了“著作权例外”的立法模式,在法律条文上采用完全封闭的立法技术,对著作权例外的情形进行充分列举,只要没有明确规定,甚至不允许类推适用法律规定之外的情形。① 而英美法系国家则主要从功利主义理论的角度看待版权②,该理论主要从激励机制的角度看待知识产权的正当性③,认为如果不赋予创作的内容以版权,内容生产就会面临“如果不能收获,就不会播种”④的困境,因此,版权在英美法系国家通常被认为是一种特殊的垄断权利,需要对其权利内容进行详尽列举⑤。版权的限制制度具有颇为牢固的正当性基础,甚至在某些英美法系国家衍生出“使用者权”的概念⑥,其在立法上往往采用“合理使用(fair use)、合理利用(fair dealing)”模式,其立法特点在于保持完全的开放性或对合理使用的行为目的限定,法官在认定是否构成合理使用时也不受立法所列举的类型限制,享有较高的裁量自由度。例如美国《版权法》判断是否构成合理使用制度就赋予了法官从“使用的目的和性质、作品的性质、使用部分占原作品的数量和实质程度、使用行为对作品潜在市场或价值的影响”⑦这四个方面考量作品使用行为是否构成合理使用的自由裁量权利。

合理使用制度的演变经历了由判例法到成文法过程。合理使用制度发端于 1740 年英国的 Gyles vs. Wilcox 案中确立的“合理节略(fair abrigdement)”制度。该案中,被告在其作品中使用了原告 275 页作品中的 35 页。法官认为,真实而合理的节略、摘用他人作品的行为不应当承担侵权责任,因为允许此种方式使用他人作品具有促进创新、学习和评论的重要意义。在 1803 年的 Cory vs. Kearsley 案中,合理使用理论发展迎来了一次飞跃,法官不仅使用“合理的使用(used fairly)”一词用于取代“合理节略”的说法,而且进一步明确了“合理的使用”必须意味着对他人作品提供的材料有着完全的崭新创造。在 1839 年的 Lewis vs. Fullerton 案中,法官严格地将“合理引用(fair quotation)”与“合理节略”进行区分,他们认为“合理引用”意味着这种引用在新作品中是一种创造性的使用,可以成为版权侵权的抗辩理由。直到 1872 年的 Brodbury vs. Hoffen 案明确了具有创造性的讽刺漫画角色区别于原作品具有独立的作品地位,该案判决意味着合理使用制度已基本成型。美国《版权法》中的合理使用制度则是在吸收、消化和总结英国判例法中关于合理使用的规则之后,进一步深化了来自英国判例中的合理使用这一普通法规则,创造性的发展出了自己的“四要素”理论。⑧

互联网技术应用之后,曾有一段著作权保护的无序状态,但随后即表现出数据库投资人的圈地现象,网络服务商利用技术措施将已经处于公有领域的作品进行加密再提供有偿服务。这种现象导致公众对已经进入合理使用空间的作品甚或一般知识信息的正常获取。按照信息经济论,作品作为信息的一种,具有公共产品的属性,著作权则是政府为私人生产信息提供的一种补贴。该理论认为“信息的生产是有代价的,而信息的传递费用却相对较小”,因而对于信息生产者而言,通过“出售信息来收回其价值是极端吃力不讨好的”;此外,较低的信息传递费用将导致获得信息后的消费者“就会变成原始生产

① M. 雷炳德:《著作权法》,张恩民译,北京:法律出版社 2005 年版,第 297 页。

② 由于大陆法系和英美法系分析别使用“著作权”和“版权”不同用语,本文依据我国《著作权法》的规定,“著作权”与“版权”系同义语,

③ 彼得·德霍斯:《知识财产法哲学》,北京:商务印书馆 2017 年版,第 46 页。

④ 理查德·A.波斯纳:《法律的经济分析》(上),蒋兆康译、林毅夫校,北京:中国大百科全书出版社 1997 年版,第 47 页。

⑤ 德利娅·利普希克:《著作权与邻接权》,北京:中国对外翻译公司、联合国教科文组织 2000 年版,第 31 页。

⑥ 迈克尔·盖斯特:《为了公共利益——加拿大版权法的未来》,李静译,北京:知识产权出版社 2008 年版,第 325 页。

⑦ See Copyright Law of the United States (Title 17), Chapter 1, Sections 107.

⑧ 吴汉东:《著作权合理使用制度研究》(第三版),北京:中国人民大学出版社 2013 年版,第 16—18 页。

者的潜在竞争对手”。① 因此,信息经济理论认为“不受管制的市场”(即私人市场)提供的公共产品数量可能小于最优值,这就需要“政府在信息市场上进行干预以增加所生产的信息数量”,而这种干预的形式之一就是政府为私人生产信息提供补贴,其中一种方式便是“通过专利、版权和商标制度授予信息首创者们以独占权”。② 由此可见,信息经济理论认为作品在本质上是一种被广泛需要的公共信息,而著作权是作为政府干预私人市场、增加信息生产这一目的的手段而诞生的制度保证。不难发现信息经济理论对著作权的正当性与功利主义理论的经典看法如出一辙,即“赋权的目的在于激励创作”。从这个方面来讲,以合理使用制度为代表的著作权权利限制制度的重要性与著作权赋权制度本身同等重要,它决定信息市场能否达到平衡。如果在政府已经对信息的生产者给以足够的补贴的情况下,私主体再把这种补贴进一步扩大,这就意味着侵害了公众获得足够信息的权利。

## 二、聚合类网站对个人合理使用的侵蚀

聚合类平台对合理使用边界的侵蚀最明显体现在个人目的学习、研究、评论上对他人作品的使用。我国《著作权法》赋予了个人出于学习、研究、评论等目的可以不经著作权人许可使用其作品,主要体现在《著作权法》第 22 条第 1 款第 1 项的“以个人学习、研究或欣赏为目的合理使用作品”以及第 22 条第 1 款第 2 项的“以介绍、评论为目的合理使用作品”。这两种情形都是针对线下的使用情况规定的,在互联网平台上,个人目的的使用不再适用这两项规定③,任何人未经著作权人同意即使用于个人目的也不可以在互联网上下载他人作品,而本来线下可以自由阅读的文献,在线上也不可以自由浏览。在百度文库上使用者如果要查一份判决书,显示几页之后就必须付费;在知网上,要阅读各种期刊的论文必须付费下载。聚合类平台已经将垄断力延伸到公共领域之内,个人研究、学习都必须要注册网站账号并充值付费才行。对于机构使用者而言,需要支付的数据库使用费往往高达数十万,而且每年的数据库使用费还会有大幅度的上涨。据公开报道,2014 年某数据库对云南大学的报价从原来的 40 万涨到 70 万;对武汉理工大学图书馆的报价从 2010 年到 2016 年的报价涨幅甚至高达 132.86%。④ 而对于个人付费使用者而言,论文下载的收费价格至少每页 5 角,甚至达到每页 1 元的程度,以个人付费的方式下载一篇硕博士论文就有可能花费数十元甚至上百元。这种收取高额作品使用费的做法,给使用者(尤其是个人使用者)带来巨大的作品搜寻成本,导致著作权法保障的个人合理使用的制度落空。

人类社会的文明发展离不开文化传承,而文化传承则需要仰赖对前人智慧结晶的学习和研究,从另一方面而言,个人以学习和研究目的使用他人作品在世界上绝大多数国家都属于基本人权的一部分,不宜受到过多的限制。支持限缩个人合理使用范围的观点认为,个人合理使用的范围过宽将使得著作权人难以完全回收其创作成本,不利于激励其继续创作,难以实现著作权法“激励创新”的制度目的。然而,考察著作权法的制度设计可以看出,著作财产权主要用来限制未经授权的商业利用,而非限制个人使用行为。同时,人类的作品创作体现出了明显的“承前启后”的特征,即“特定作者在创作过程中因利用其前任作者的作品而取得‘收益’,而其作品又将为后任作者提供合理使用的材料而‘支出’”⑤,任何作者的作品都理应允许后人学习和研究。此外,并非所有免费使用行为都会给作品创作者带来利益损失。经验表明,作品使用者往往是因为能够接触或获取到作品,才会去尝试使用作品,如果使用者接触

① 罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,张军等译,上海:上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版,第 152 页。

② 罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,张军等译,第 153 页。

③ 参见我国《信息网络传播权保护条例》。

④ 参见:《知网涨价北大停用 是否续订仍无定论》,http://news.youth.cn/jy/201604/t20160412_7850249_1.htm,2019 年 9 月 2 日最后访问。

⑤ 吴汉东:《知识产权多维度解读》,北京:北京大学出版社 2008 年版,第 590 页。

不到作品,则可能会去转而选择其他更为容易接触到的作品,例如免费作品。① 因此,一律把因个人免费使用作品而使著作权人无法收取的对价视为著作权人遭受的利益损失的判断过于武断,因为购买“未经授权复制品”的使用者并不一定会成为作品“生产商的潜在的购买人”,特别是在使用者“无力或者不愿支付由著作权所有人所收取的价格”的情形下,著作权人并未被剥夺任何收入。②

除此之外,亦有学者从使用作品的真实目的角度出发,认为个人合理使用应当仅仅限缩在“学习和研究”的范围之内,由于欣赏作品“多数是为了满足个人的兴趣或娱乐需求”与创新并无直接关系,因此可以将欣赏作品的行为排除在个人合理使用范围之外③。然而,以欣赏为目的使用作品的行为对作者而言也并非毫无获利。在互联网时代,发生在网络环境下的欣赏作品行为能够迅速提高作者(尤其是名不见经传的作者)的知名度和影响力。被迅速传播的免费复制品“可能有利于作品的创作者获得一个网络垄断”④,上一部作品广泛传播而积累的知名度和影响力也会显著提升作者下一部作品的市场价值。由于其效果堪比商业广告宣传,作者不仅不会想方设法制止这种行为,甚至会公开表示支持和赞赏。以抖音平台的推送算法为例,观赏者对作品的点赞和评论会导致算法加大对被观赏作品的推送力度,使得该作品被推送给更多用户观看,而更多用户观看则会为创作者的账号积累大量关注和人气,从而使得创作者的账号更具商业价值。而纵观作品市场,想方设法阻碍个人使用行为的主体主要是那些依靠向公众传播作品而大兴其利的内容聚合类网站和著作权运营公司,其结果正如劳伦斯·莱斯格所言,逼迫人们通过授权许可方式获取作品的复制件的做法“实际上可能是增加了邻接权人的利益”⑤,而这种结果与著作权法“赋权以激励创作”的宗旨并没有太大关系。

## 三、聚合类网站对教育合理使用的侵蚀

我国《著作权法》同样赋予了教学科研人员,出于教学和科研的目的不经著作权人许可使用其作品的权利,具体内容主要包括《著作权法》第 22 条第 1 款第 6 项的“教学科研复制合理使用”和第 22 条第 1 款第 8 项的“馆藏复制合理使用”。然而,在互联网时代,各大聚合类网站和数据库平台的做法也同样正在架空著作权法的这一制度。目前,诸多文字聚合类公司等将大量作品汇集在自己的网站或平台,然后向高校、研究机构或研究者个人收取高额使用费的做法已经成为一种司空见惯的互联网商业模式,且呈现出越发流行的趋势。论文聚合类平台带来的问题曾经在 2016 年 4 月波及北京大学图书馆正常的信息服务。⑥

目前,论文聚合类平台可能享有的法律权利主要包括两种类型。一是我国《著作权》第 10 条第 16 款规定的“汇编权”,即“将作品或者作品的片段通过选择或者编排,汇集成新作品的权利。”根据著作权法的规定,享有汇编权不仅要求作者对作品进行选择或者编排,更要达到新作品的程度,也就是说汇编作品对作品本身有比较高的独创性要求。而使用过知网的人能发现,知网的功能类似于一个论文搜索

---

① 李杨:《著作权法个人使用问题研究:以数字环境为中心》,北京:社会科学文献出版社 2014 年版,第 64 页。

② 威廉·M.兰德斯、理查德·A.波斯纳:《知识产权法的经济结构》,金海军译,北京:北京大学出版社 2005 年版,第 58—59 页。

③ 黄玉烨:《著作权合理使用具体情形立法完善之探讨》,《法商研究》2012 年第 4 期,第 21 页。

④ 威廉·M.兰德斯、理查德·A.波斯纳:《知识产权法的经济结构》,金海军译,第 58 页。

⑤ 劳伦斯·莱斯格:《免费文化》,王师译,北京:中信出版社 2009 年版,第 50—53 页。

⑥ 2016 年 3 月 31 日上午 8 点,北京大学图书馆在其网页上贴出《“中国知网”可能中断服务通知》,该通知明确给出了“由于数据库商涨价过高,图书馆目前正在全力与对方进行 2016 年的续订谈判”的信息。《“中国知网”可能中断服务通知》,http://www.lib.pku.edu.cn/portal/news/0000001219,2019 年 8 月 28 日最后访问。一时间,诸如《北大与知网中断合作 高校图书馆预算难追涨幅》《中国知网大幅涨价 多所高校暂停续订》《北大也买不起知网了……你在搞笑吗?》等类似的报道纷纷见诸报端,激起了广泛的关注和争论。

引擎,使用者通过键入关键信息寻找并筛选自己需要的论文。不同于百度等搜索引擎的是,知网把所有的论文资源都汇集到自己的服务器中,使用者点击论文的相关链接不是通向其他网站,而是在知网认证通过后,直接向使用者提供论文下载链接。通过这个过程可以看出,知网的主要作用仅仅是汇集论文,而不是汇编众多论文并形成一个新的作品,无法满足著作权法的独创性要求。因此,对于知网享有著作权法所规定的汇编权这一问题,似乎不无疑问。论文聚合平台可能拥有的另一项权利为民法权利,即我国《民法总则》中关于数据权利保护的规定。我国《民法总则》第 127 条规定,“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定”。从法理上来看,该条规则并非属于“确定性法律规则”,而是属于内容需要援引或参照其他法律规定的“准用性法律规则”。然而,我国目前并无任何数据保护方面的准据法能够确认聚合类网站所汇集到的数据享有权利和受到保护,此外,我国《反不正当竞争法》仅仅适用于“经营者”之间,也并未赋予数据库服务商限制个人出于学习和研究目的利用数据库内容的权利。因此,对于数据库中的单项内容而言,论文聚合类平台并无任何法律明定的权利,数据库服务提供商也并无任何权利去限制个人用户不以营利为目的下载、使用、复制学术论文的行为。

对于著作权人而言,允许他人未经许可复制其作品并非一定会减损其原始作品的市场价值。兰德斯和波斯纳认为,作品的“可复制性”可能提高原始作品的价值,而著作权人也可以“间接地获取复制件的部分价值”。① 从教育机构的立场来看,允许复制的作品可能会大大增加作品的价值和增强购买者的购买意愿。如果图书馆能够为读者们免费复制学术期刊,则图书馆将会获得更高的公共财政支持,这将使得图书馆有能力有意愿为该学术期刊支付更高的订阅价格。而更高的订阅价格可能会充分补足期刊社在个人订阅量方面所减少的收入。如果美术馆能够获得将某幅美术作品的原件制作复制件并公开销售发行的权利,那么该美术馆则毫无疑问会以更高的价格购买该美术作品原件。学术研究人员是论文聚合类平台的主要用户,对作品的使用也以研究目的居多,虽然我国《著作权法》第 22 条明确规定,为个人学习、研究,为学校课堂教学或者科学研究,可以使用他人已发表的作品,不向其支付报酬,但是由于论文聚合平台的垄断,无论以何种目的下载论文,都需要向平台支付费用;从线上线下的角度来看,物理环境中,只有复制会涉及著作权费用的问题,但是在网络环境中,阅读和复制的界限很难划分,这就进一步限缩了物理环境下合理使用的空间,不利于科研发展。针对论文聚合平台的垄断问题,美国加州大学已有所行动。2019 年 2 月 28 日,加州大学校长办公室发出一份声明表示,加州大学将停止继续付费订阅世界最大学术出版商——爱思唯尔的学术数据库,这是因为爱思唯尔在谈判中无法满足加州大学提出的两大要求,即把加州大学在爱思唯尔发表的所有研究向读者免费开放以及控制学校订阅期刊的成本②。加州大学希望打破一家垄断,推动公共资助研究的开放获取运动,促进世界科研成果共享,更广泛地传播知识。

## 四、关于我国合理使用制度完善的思考

### (一)采用“要素定义+具体规则”的合理使用制度设计

我国著作权法对合理使用的规定采用的是封闭式的立法技术,在现行《著作权法》第 22 条规定了 12 种合理使用情形,在立法技术上比较类似于“著作权例外(exception of copyright)”的立法模式,这种僵化固定的立法模式无法满足现今互联网时代对合理使用制度灵活性的要求,也将会使得司法在某些情况下不得不突破立法的规定,导致实践中诸如“《受戒》翻拍案”这种明显突破合理使用条款的内容进

① 威廉·M.兰德斯、理查德·A.波斯纳:《知识产权法的经济结构》,金海军译,第 57 页。

② uc and Elsevier. https://www.library.acsb.edu/uc.and -elsevier.2019 年 12 月访问。

行扩大解释的案例大量出现①,造成“损害立法的权威,使当事人难以预见自己的行为后果”和“法官的自由裁量权行使不当”的不良后果②。鉴于此,网络环境下应当给予私人使用与教育科研目的使用作品以足够的合理空间。著作权人的电子复制权和网络传输权不宜延伸到网络在线教育与科学研究中的个体行为,无论这一个体行为有多少。有观点认为,网络环境下个人的合理使用应受到限制,原因是在庞大的个人使用群中,著作权人失去了巨大的盈利市场,尽管这一市场以潜在地形式表现出来。多数国家的版权法都没有从正面提到对权利人的潜在利益给予保护,但是在有些判例中,确实作出了版权扩张的判决③。随着使用网络的人越来越多,尤其在网络教育中,面对的是大量的不特定的教育对象,著作权人对教师和研究人员主张潜在利益损失是不现实的,他们应当将目光对准那些以营利为目的的使用者。著作权法合理使用范围如何确定要取决于利益平衡的结果。尽管在以教育、学术、图书馆领域为代表的学术界与产业界尤其是软件版权人(多为大型企业主)以及为这些产业服务的律师之间为合理使用的扩大还是缩小争论得相当激烈④,著作权法在保护作者利益还是公众利益的平衡上,最终的伴随效果应是促进全社会的文学、艺术和科学作品的繁荣,这是著作权法一贯的宗旨。鉴于此,我国合理使用制度应当采用更为开放式的条款设计。具体可以参考《伯尔尼公约》的“三步检验法”⑤和美国的“四要素”判定标准(美国版权法第 107 条)⑥,采用“要素定义+具体规则”的立法技术,为合理使用规则增设诸如

---

① 该案中,被告未经原告许可擅自将原作品改编成电影并加以使用,而根据当时所施行的《著作权法》规定,出于教学目的的合理使用方式仅限于“翻译或少量复制”。即便如此,一审二审法院仍然从使用目的的角度解读该条款并最终判令被告北京电影学院的行为属于合理使用,其中二审法院对出于教学目的的合理使用条款内容进行了扩大解释,认为被告的教学方式具有特殊性,被告将《受戒》拍成电影目的是为学生完成毕业作业及锻炼学生的能力,其在校内放映该片的行为也是为了教学观摩及评定。该案一审二审突破合理使用情形的做法得到了最高人民法院的肯定,最高法认为北京电影学院“其目的是为学生完成毕业作业即锻炼学生的能力,在校内放映该片也是为了教学观摩及评定,均为课堂教学必要的组成部分。”参见北京市一中院(1995)知终字第 19 号民事判决书、《最高人民法院公报》1996 年第 1 期,第 24 页。

② 李琛:《论我国著作权法修订中“合理使用”的立法技术》,《知识产权》2013 年第 1 期,第 12—18 页。

③ 美国地球物理联盟诉 Texaco 案, 37 F. 3d 881(第二巡回法院, 1994)。被告 Texaco 的一位研究科学家,Donald Chickering 博士,对其订阅的杂志中的文章制作 3 份复印件,并为研究工作而将复印件收入其个人的档案中,均未获得文章版权人的许可,也未支付合理的使用费,这被一审法院认定侵犯了该杂志出版者的版权,理由是存档目的不属于研究目的。Texaco 不服判决进行了上诉,并在上诉中获得许多组织的支持,其中包括大学、图书馆联合会等,他们提出了若干要点向地区法院的裁定提出了挑战,但二审法院维持了原判。在 Princeton University Press. et al, v. Michigan Document Service Inc., et al. 一案中, 美国第六巡回上诉法院在 1996 年 2 月的判决中认为在学校附近的复印店复印有著作权的资料供课堂教学使用,属于著作权法上的合理使用, 而在 1997 年 11 月的再审中,则作出完全相反的判决,认为复印店复印有著作权的资料供课堂使用不属于著作权法上的合理使用,法官引用了 TEXACO 一案的判决,认为授权复印部分作品的权利金的损失亦可以列入对原告市场影响的考虑因素。

④ 针对数字化的新问题,由美国专利商标局主持的合理使用大会从 1994 年 9 月召开到 1997 年 5 月 19 日闭幕,在历时 32 个月的会议里对 20 多个相关课题进行了讨论,遗憾的是到会议结束时仍然没能达成一致的意见。在合理使用大会召开的最后一年中,有关远距离教学和数字化图像效果等方面的建议受到广泛评论,然而也没能得到与会者的广泛深入的支持。有关合理使用大会的联合声明的讨论参见网站: http://www.ala.org/washoff

⑤ 《伯尔尼公约》第 9.2 规定:本同盟成员国法律得允许在某些特殊情况(in certain special cases)下复制(reproduction)上述作品,只要这种复制不损害作品的正常使用也不致无故损害作者的合法利益。第一步:某些特殊情况;第二步:不损害作品的正常使用;第三部:不致无故损害作者的合法利益。

⑥ 美国《著作权法》第 107 条主要从四个方面考察作品使用行为是否落入合理使用的范畴:(1)使用的目的和性质;(2)享有版权的作品的情形,即该作品已经出版还是没有出版、是事实性的记述还是创造性的描绘;(3)同具有版权的作品相比所使用的部分的数量和质量;(4)使用享有版权的作品对潜在市场或价值的影响。其中,(1)与(4)在美国判例中法官会首先考虑,也是转换性使用的弹性空间。See: 17 U.S. Code § 107.

“不得损害作品的正常使用和著作权人的合法利益”的要素定义条款,然后再列举具体的合理使用情形,构建一个较为开放的合理使用规则,从而在互联网环境下更加充分地保障因个人目的和教育目的自由使用作品的权利。

**(二)增设数字环境下合理使用专门条款**

2019 年 3 月 26 日,欧洲议会通过《单一数字市场版权指令》。该指令最引关注的有两条规定。第 15 条引入了“链接税”,根据该规定,音乐、表演和剧本等原创内容提供者可向互联网平台索要更高报酬。新闻出版商则自动受权代表新闻记者与新闻聚合平台磋商利润分享协议。不过,如果互联网平台只是复制、粘贴新闻文章的超链接并附以“个别词句或非常简短的摘要”,用户仍可免费调阅这些新闻“片段”。此外,维基百科等非营利性的在线百科可免除付费;出于教学和教育目的、保护文化遗产、数据研究等用途的使用也不必支付费用。第 17 条被称为“上传过滤机制”,规定互联网平台有义务审查用户发布的内容,如果发现用户上传内容涉及侵权就应该阻止,否则互联网平台就应该为发生的侵权行为负责。欧盟成员国需要在该指令生效后两年内将其转换为国内法。此外,该法还针对互联网技术的特点新增三项“数字环境下的合理使用”情形,即 1. 科研领域的文本和数据挖掘;2. 在网络或者跨境教学活动中使用作品;3. 文化遗产保存。欧盟增设数字环境下合理使用专门条款的做法为我国著作权法修法提供了一个全新的思路,值得吸收借鉴。我国可以考虑在《著作权法》中例举合理使用的情形时增加网络在线阅读权。

**(三)采纳更加符合互联网精神的开放许可模式**

在互联网时代,人人都是作者,人人又都是使用者,通过繁复的授权制度来体现对著作权的保护已经影响社会的整体效率。权利人要求每一位复制和传播其作品的人必须事前授权在互联网环境中也无法操作,特别在自媒体环境下,私人之间分享作品已成常态,按照现行著作权法,如果每一次分享都应当获得授权,显然不可能做到,而且每个人在欣赏朋友圈发来的作品时也没有一种违法负罪感。鉴于此,解决数字环境下的版权问题可以尝试开发新的作品利用模式,诸如自愿且无偿的“开放式许可”和自愿但有偿的“自助许可”等新的方式,妥善解决数字版权授权问题。① 以开放许可模式为例,开放许可模式源自计算机软件的开放源代码运动,该运动鼓励作者或著作权人以公开声明的方式主动限制著作权或放弃部分著作权财产权利,从而允许第三方在无须征得事先同意的前提下为一定目的使用作品。以开放许可模式中的创作共享许可(Creative Commons)为例,提倡知识只要不被独占,即可随意使用,但同时作者选择保留一些权利。开放许可通过鼓励著作权人自主让渡一部分权利的方式来解决“激励作品创作”与“促进作品利用”之间的矛盾,从而在保障著作权人基本权利的同时,使得社会能够更为高效地利用作品。

## 结　语

澳大利亚学者 Peter Drahos 认为,授予知识产权以权利除了会带来“损害竞争”的危险之外,“更大的危险在于它对自由的威胁”。② 互联网时代,全世界面临同样的著作权困惑,没有更好的解决方案可以借鉴,中国必须探讨一种新的解决思路:在保护著作权人的财产权的同时,能使著作权所附载的“知识”为社会最大化利用,而著作权人在最大化利用时也能获得较高的著作权使用收益,这就必须打破现有著作权事先授权的瓶颈,开放法定许可适用的空间,让作品顺畅的流动起来,让著作权人能够控制自己的收益而不仅仅是控制自己的“许可权”,也让个人目的“合理作用”空间不再限缩。

---

① 张平:《数字图书馆版权纠纷及授权模式探讨》,《法律适用》2010 年第 1 期,第 42 页。

② 彼得·达沃豪斯、约翰·布雷斯韦特:《信息封建主义:知识经济谁主沉浮》,刘雪涛译,北京:知识产权出版社 2005 年版,第 3 页。

在互联网全面渗透的今天,如果著作权法仍然陶醉于故步自封、落后僵化的既有制度,那么结果不不外乎两种:要么人们“作茧自缚”,在无尽的著作权侵权诉讼中谨言慎行;要么人们利用复制手段越来越先进、传输手段越来越隐秘的互联网技术彻底绕开著作权法种种不合理的规定,而这种做法可能的后果便是著作权法律制度形同虚设,或者选择性执法,寻租现象加剧。

(感谢徐子淼、朱艺浩博士生对本文写作提供的资料资助)

# Legislative Thinking on the Erosion of “Fair Use” by Aggregated Websites

Zhang Ping

(*School of Law*, *Peking University*, *Beijing* 100871, *China*)

**Abstract**: The copyright restriction system represented by fair use is as important as the copyright empowerment system itself, which determines whether the information market can reach a balance. If the government has given sufficient subsidies to a producer of information, but the private subject further expands these subsidies, it means an infringement upon the public right to obtain sufficient information. With the rise of aggregated websites, a large number of works that can be fairly used have become encrypted databases and then provided for the public for payment, which has seriously infringed on the fair use of personal and educational purposes. This paper discusses the harm of aggregative websites to the fair use of personal and educational purposes and the suggestions for perfecting the copyright amendment law in the future through the historical traceability of the fair use system.

**Key words**: aggregated website, copyright, fair use

(责任编辑　管　琴)